

Alejandro Agüero

CONICET/ Universidad Nacional
de Córdoba (Argentina)

aleaguero@hotmail.com

El testimonio procesal y la administración de justicia penal en la periferia de la Monarquía Católica, siglos XVII y XVIII¹.

EXTRACTO

A partir de la observación de los registros criminales de primera instancia de una justicia municipal de la remota periferia colonial (Córdoba del Tucumán, hoy una provincia de Argentina), procuraré analizar ciertos elementos discursivos que, aun formando parte de la tradición jurídica castellana, resultan difícilmente compatibles con la imagen todavía dominante del derecho penal de la Monarquía Absoluta. Intentaré mostrar además que, a pesar del carácter local y marginal del contexto, estos testimonios pueden servir de base para reflexionar sobre la lectura que hacemos de los cambios y persistencias en las formas de hacer justicia y resolver conflictos y, en particular, sobre el valor heurístico de algunos esquemas conceptuales, tales como justicia lega / justicia letrada; justicia / infrajusticia; community law / state law; justicia negociada / justicia hegemónica.

Introducción

La imagen clásica de la justicia penal de antiguo régimen, como derecho y proceso, ha sido objeto de múltiples ajustes en las últimas décadas². Para el mundo ibérico, nuevos caminos se abrieron a partir de la historia crítica del derecho y de su enfoque culturalista³. Aun así, la noción de un derecho penal de la monarquía absoluta, de base legislativa, con magistraturas más o menos centralizadas y profesionalizadas, con procedimientos inquisitivos y penalidades rigurosas y utilitarias al servicio del *ius puniendi real*, sigue proporcionando un eje de referencia inevitable a la hora de explicar los elementos esenciales de la penalidad hispana de edad moderna⁴.

1 Este trabajo fue originalmente publicado en *Acta Histriae*, 19 (2011), vol. 1-2, Koper, pp. 43-60. El autor agradece al Science and Research Centre of Koper of the University of Primorska (UP ZRS) and the Historical Society of Southern Primorska (ZDJP) el permiso para republicar este trabajo.

2 Mario Sbriccoli. "Justicia criminal". In: M. Fioravanti (ed.). *El estado moderno en Europa. Instituciones y Derecho*. Madrid: Trotta, 2004, pp. 159-196.

3 António M. Hespanha. "De Iustitia a Disciplina". In: Hespanha, A. M.: *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, pp. 203-273; Bartolomé Clavero. "Delito y Pecado. Noción y escala de transgresiones". In: Francisco Tomás y Valiente et al., *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid: Alianza, 1990, pp. 57-89; Bartolomé Clavero. "Textos Antigos em Tempos Modernos: a Determinação das Transgressões". *Penélope, Fazer e Desfazer a História*, 6 (1991), pp. 41-46.

4 Francisco Tomás y Valiente. *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*. Madrid: Tecnos, 1969; Michael Weisser. "Crime

Tomando como punto de partida testimonios procesales de primera instancia de una justicia municipal de la remota periferia colonial, procuraré analizar ciertos elementos discursivos que, aun formando parte de la tradición jurídica castellana, ofrecen significativos contrastes con aquella imagen todavía dominante del derecho penal de la Monarquía Absoluta. Intentaré mostrar además que, a pesar del carácter local y marginal del contexto, estos testimonios pueden servir de base para reflexionar sobre la lectura historiográfica de los cambios y persistencias en las formas de hacer justicia, y en particular sobre el lugar que ocupaban en el marco general de la cultura jurídica hispana, ciertas prácticas en principio ajenas al modelo de justicia penal inquisitiva. Para ello trataré de interpretar los testimonios procesales a la luz de la literatura práctica castellana, buscando comprender cómo algunas formas de acción institucional alternativas al modelo inquisitivo no eran necesariamente consecuencia del particular contexto periférico, o supervivencias de formas comunitarias, sino efectos de la operatividad de ciertos principios y formas de razonamiento normativo que, a pesar de los cambios propios de los siglos modernos, no habían perdido vigencia.⁵

Jueces legos: ¿expresión de periferia?

La jurisdicción de la ciudad de Córdoba del Tucumán, fundada en 1573, ocupó un extenso dominio en la región central del actual territorio argentino. Situada en extremo sur del Virreinato del Perú, con difusas fronteras que la separaban de otros distritos coloniales y de poblaciones originarias no sometidas al orden colonial, la jurisdicción de la ciudad reconocía como instancias superiores al gobernador de la Provincia de Tucumán, magistratura territorial de designación real con sede en Salta (a más de 200 leguas hacia el norte) y a la Audiencia de Charcas (400 leguas hacia el norte, en la actual Bolivia), máximo tribunal del distrito. A finales del siglo XVIII, en el contexto de las reformas borbónicas, con la creación del Virreinato del Río de la Plata, Buenos Aires (220 leguas hacia el sur este) ⁶ se convirtió en el nuevo centro político de la región, donde se estableció en 1785 una Audiencia como máximo tribunal del nuevo distrito. Además, Córdoba fue designada capital de una Intendencia, siendo desde entonces sede la gobernación. Hacia 1800 la ciudad llegó a tener algo más de cincuenta mil habitantes, aunque sólo el 20% residía en el espacio urbano, hallándose la mayor parte de la población dispersa en pequeños asentamientos a lo largo de su extenso territorio.

La justicia ordinaria de primera instancia tanto civil como criminal estuvo, desde el momento de la fundación y hasta el final del tiempo colonial en manos de dos Alcaldes Ordinarios, jueces honorarios elegidos anualmente por el cabildo (concejo municipal) de entre los principales linajes de la ciudad. Los gobernadores provinciales, de designación regia, o sus tenientes, estaban facultados para actuar también en primera instancia, a prevención con los alcaldes ordinarios, y además, en grado de apelación, como tribunal intermedio antes de llegar a las distantes Audiencias. Desde las reformas borbónicas, en 1782, los gobernadores de la región y sus tenientes perdieron esta competencia, concentrándose las apelaciones en las reales Audiencias.

and Punishment in Early Modern Spain". In: V. Gatrell, B. Lenman, G. Parker (eds.). *Crime and the Law. The Social History of Crime in Western Europe since 1500*. London: Europa Publications, 1980, pp. 77-96; Pilar Alonso Romero. *El proceso penal en Castilla – Siglo XIII-XVIII*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1982; Ruth Pike. *Penal Servitude in Early Modern Spain*. Madison: University of Wisconsin Press, 1983.

5 Alejandro Agüero. *Castigar y perdonar cuando conviene a la República. La justicia penal de Córdoba de Tucumán, siglos XVII y XVIII*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. Seguiré algunos argumentos expuestos ya en esta obra, utilizando también nuevo material recogido del Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba, Argentina.

6 Las distancias en "legua" (equivalente a 5,5 km aprox.) son las que se estimaban según los caminos del siglo XVIII, tomadas de una descripción general del Perú de 1776. Víctor Peralta Ruiz. *Epítome Cronológico o idea general del Perú. Crónica inédita de 1776*. Madrid: Mapfre-Tavera, 2005.

A pesar de que la ciudad creció en forma sostenida por estar situada en un lugar estratégico del comercio colonial (donde se cruzaban las rutas que conectaban el Perú con Chile y con el Río de la Plata) llegando a ser la más importante de la región; a pesar incluso de que se había convertido en sede de un obispado y de que contaba con un centro universitario de Artes y Teología fundado por los jesuitas a comienzos del XVII, la ciudad no contó durante la mayor parte de su vida colonial con la presencia de abogados. No sólo la ciudad, los propios gobernadores provinciales, de designación real, carecían de letrados asesores y no los tuvieron sino hasta el último cuarto del siglo XVIII. Sin embargo, no era este un rasgo exclusivo de nuestra jurisdicción. Era una situación generalizada en toda la región interior del Virreinato del Río de La Plata, como lo puso de manifiesto la Audiencia de Buenos Aires en 1797⁷. E incluso, lo mismo ocurría en el más antiguo, rico y prestigioso Virreinato de Nueva España (México), donde a principios del siglo XIX se constató que la mayor parte de los distritos interiores no contaban con abogados⁸. Esta escasa presencia de letrados parece ser un rasgo característico, aunque poco conocido, del orden institucional hispano en América. Un estudio comparativo ha mostrado que el número de abogados en las colonias hispanoamericanas era entre 6 y 30 veces menor al que se podía encontrar en las colonias británicas de Norteamérica, hacia finales del siglo XVIII y principios del XIX⁹.

A pesar del tradicional enfoque historiográfico sobre el desplazamiento de los jueces legos en las monarquías continentales a partir del siglo XVI¹⁰, numerosos testimonios nos hacen pensar que en el caso de la Monarquía hispana, y no sólo en el de sus colonias, la cuestión tenía sus matices. La doctrina práctica castellana, aun reconociendo que el Derecho Común obligaba a los jueces legos a valerse de un asesor letrado, admitía que las decisiones tomadas sin ese requisito eran válidas para el caso de que “...no *hubiesse ley, estatuto, o costumbre de tener Tenientes, o tomar assessores los jueces imperitos y sin letras....*” De modo que por vía de costumbre, o estatuto particular se podía convalidar la actividad de los jueces legos. Pero incluso, se admitía también la sentencia del juez lego, sin parecer letrado, cuando la decisión resultara “justa”, según “la disposicion de la ley o de la comun opinion... porque entonces el acertamiento de la justicia supla el defecto de la forma en sentenciar sin parecer de letrado.”¹¹ Estas nociones nos ayudan a comprender cómo, en las supuestas épocas de profesionalización de la judicatura, seguían operando jueces legos y vecinales, sin consejo letrado, al menos hasta finales del siglo XVIII.

El persistente predominio de magistraturas legas debe relacionarse, además, con otra característica que suele marginarse en las exposiciones sobre la justicia de la monarquía hispana de antiguo régimen: la estrecha vinculación teórica y doctrinaria entre justicia, gobierno y representación de las corporaciones. Aunque por regla general la designación de los oficios con jurisdicción ordinaria era potestad exclusiva del monarca (fuente de toda jurisdicción), el sólido componente corporativo de la constitución de la Monarquía hispana hacía que los juristas debieran reconocer la capacidad de los espacios políticos para designar sus propios magistrados. Todavía en el siglo XVIII, la doctrina debía admitir que por “privilegio, costumbre o prescripción inmemorial, pueden también las ciudades y demás poblaciones de estos Reinos, como asimismo los señores temporales, nombrar alcaldes, regidores y otros oficiales de república”¹². Estos jueces

7 Ricardo Levene. *Libro de informes y oficios de la Real Audiencia de Buenos Aires (1785-1810)*. La Plata: Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, 1929.

8 Charles Cutter. “La magistratura local en el norte de la Nueva España: El caso de Nuevo México”. In: *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 4 (1992), pp. 29-39.

9 V. Uribe. “Colonial Lawyers, Republican Lawyers and the Administration of Justice in Spanish America”. In: E. Zimmermann (ed.). *Judicial Institutions in Nineteenth-Century Latin America*. London: Institute of Latin American Studies, 1999, pp. 25-48.

10 John P. Dawson. *A history of lay judges*. Cambridge: Harvard University Press, 1960.

11 Jerónimo Castillo de Bovadilla, J. *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempo de paz, y de guerra*, 1ª ed. 1597, Amberes 1704. Ed. facsimilar. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1978, lib. I, cap. XII, n.11-15.

12 Lonrezo Santayana Bustillo. *Gobierno político de los pueblos de España, y el corregidor, alcalde y juez en ellos*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1979 [1742], 17.

eran, en su gran mayoría, legos y para ellos se publicaban manuales prácticos que les instruían en el oficio.

En el caso concreto de Córdoba del Tucumán, la historiografía local ha mostrado que la ausencia de letrados fue absoluta desde mediados del XVII hasta la segunda mitad del XVIII¹³. Recién en 1782 los borbones introdujeron por primera vez un oficio vinculado a la jurisdicción ordinaria que exigía el grado académico en derecho (Teniente Letrado). Desde 1791 la universidad local comenzaría a formar abogados. Pero incluso a pesar de estas reformas, el panorama de la justicia ordinaria no varió demasiado. Los alcaldes ordinarios, normalmente vecinos legos, seguían gestionando el grueso de la jurisdicción civil y criminal en primera instancia.

No sin dificultades, debido a la persistente escasez de letrados y a la reticencia de los pocos disponibles, los alcaldes legos intentaban cumplir con la obligación de pedir el asesoramiento para las causas graves, como lo había exigido la Audiencia de Buenos Aires en 1785¹⁴. Todavía en este contexto tardo colonial las posibilidades para un juez lego o para un simple particular de contar con un letrado seguían siendo más bien escasas. Hacia 1809 residían en Córdoba nueve abogados, pero sólo dos se hallaban dedicados a la profesión¹⁵. ¿Qué clase de administración de justicia nos muestran los testimonios procesales de un contexto como este?

Cultura procesal y justicia lega

La falta de letrados hace pensar que la justicia administrada por jueces legos ha de presentar un desempeño poco ajustado a los parámetros de la cultura jurídica de entonces. Desde esta perspectiva, se ha sostenido que, en contextos como este, la cultura jurídica del *Ius Commune* estaba por completo ausente¹⁶. Algunos testimonios de la época nos muestran la desconfianza que sentían oficiales letrados de los altos tribunales con respecto a la actividad de los jueces legos. En 1732 la Audiencia de Charcas, en un informe sobre la región, denunciaba "el poco orden y practica con que se procedia en la substanciacion de las causas que se ofrezian en dichas Provincias, por la ninguna inteligencia que asiste a los gobernadores y justicias, y no haver abogados que [las] dirigiesen..."¹⁷.

A juzgar por los testimonios procesales de Córdoba del Tucumán que hemos observado, este tipo de afirmaciones resultan cuando menos exageradas y, tal vez, cumplían más una función pragmática, derivada del papel jerárquico del tribunal y del prestigio simbólico de la cultura letrada, que descriptiva del modo en que los vecinos de una ciudad periférica administraban justicia. La falta de formación académica no implicaba necesariamente una falta de conocimientos jurídicos. Algunos recursos culturales ponían al alcance de las élites locales los conocimientos técnicos necesarios para formalizar la justicia en función de los criterios propios de la cultura jurídica. En primer lugar los escribanos, instruidos en el "taller de la práctica", detentaban la técnica necesaria para llevar adelante un proceso válido en los ámbitos legos.¹⁸ Por otro lado, la dominante presencia eclesiástica implicaba también un depósito de saber

13 Carlos Luque Colombres. *Abogados en Córdoba del Tucumán*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1943.

14 Jose M. Mariluz Urquijo. "La Real Audiencia de Buenos Aires y la administración de justicia en lo criminal en el interior del Virreinato". In: *Primer Congreso de Historia de los Pueblos de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata, 1952, v. II, pp. 271-291.

15 Carlos Luque Colombres. *Abogados en Córdoba del Tucumán*, op. cit.

16 Tamar Herzog. "Sobre la cultura jurídica en la América colonial (Siglos XVI – XVIII)". *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid: LXV, 1995, pp. 903-912.

17 Archivo General de Indias, Sevilla (AGI), Charcas, 198, s/f.

18 Así lo denotan testimonios doctrinales como Monterroso y Alvarado, quien se queja de que en los juzgados legos "toda la administracion de la justicia depende del escribano..." (Gabriel de Monterroso y Alvarado. *Practica Civil y Criminal e Instrucción de Scrivanos*. Valladolid: Imp. Francisco Fernández de Cordoua, 1563, dedicatoria s/f). En el siglo XVIII, para el caso de Nueva España, véase Hipólito Villarroel. *Enfermedades políticas que padece la capital de esta Nueva España, en todos los cuerpos de que se compone y remedios que se le deben aplicar para su curación si se quiere que sea útil al rey y al público* (c.1785-1787). México: Porrúa, 1994, p. 119.

jurídico al que podían recurrir los miembros de una comunidad lega.¹⁹ A todo ello se sumaba un factor constante y silencioso: la circulación de libros jurídicos, textos legales y manuales de prácticas procesales y notariales entre los miembros principales del vecindario²⁰. Acostumbrados durante generaciones a ser los protagonistas “naturales” de las instituciones corporativas, los vecinos principales se procuraban por sí los medios para familiarizarse con las técnicas formales del gobierno de la justicia. En ese contexto, aparecían los “prácticos”, hombres que sin tener estudios jurídicos formales, adquirían prestigio en el ejercicio de diversas funciones en la administración de justicia²¹.

Todos estos mecanismos nos ayudan a explicar cómo fluían los conocimientos ordenadores de los oficios de justicia alcanzando los extremos más distantes. Además, otro factor propio de la experiencia jurídica de la época contribuía para reducir la trascendencia práctica de la oposición lego/letrado. Nos referimos a la notable versatilidad y laxitud de las fórmulas jurídicas procesales, autorizadas por la doctrina, consolidadas por el estilo y difundidas por las prácticas y manuales para jueces y escribanos que legitimaban las más variadas posibilidades de acción de un magistrado que – en el discurso letrado moderno – se prefiguraba como una suerte de *dominus* del proceso²². La flexibilización del orden procesal, la relajación en el rigor de los medios probatorios y las múltiples fórmulas doctrinales y legales que autorizaban a los jueces a sacrificar las solemnidades del proceso²³, proporcionaban una serie de pautas de simplificación que legos y letrados conocían y aplicaban por igual. Dada esta particular configuración del lenguaje procesal moderno, resulta problemático establecer los extremos del canon letrado para poder contrastarlo con elementos que pudieran representar soluciones propias de la praxis lega.

Si por un lado numerosos testimonios muestran que en épocas completamente carentes de letrados, e incluso con ausencia de escribanos, los jueces legos eran capaces de formalizar procesos con todas las fases de la que entonces podía considerarse la forma ordinaria de procedimiento, al mismo tiempo es posible observar formas de acción muy poco ortodoxas desarrolladas por jueces letrados o que actuaban con asesoramiento letrado en las últimas décadas de la época colonial²⁴. Esto último se puso claramente de manifiesto hacia finales del período colonial cuando las autoridades locales tuvieron que enfrentar un contexto de fuerte incremento demográfico de la población no integrada en las unidades domésticas que tradicionalmente servían como principales factores de disciplina social. En ese contexto jueces legos y letrados, tanto de designación local como real, argumentaron ante la Real Audiencia de Buenos Aires para poder reprimir con mayor celeridad, reduciendo los requisitos procesales.

Una forma de represión casi informal se consolidó como respuesta para los delitos más frecuentes (robo de ganado, vagancia) y como método punitivo dirigido a los estratos inferiores de la población. En estos casos asistimos a un fenómeno de “desprocesalización” o de “informalización” del castigo que no tiene que ver tanto con la presencia o ausencia de letrados como con la búsqueda de eficacia para un

19 Como en Manila, donde ante la falta de abogados, la Real Audiencia determinó que las causas civiles en primera instancia fuesen remitidas a cuatro eclesiásticos de la ciudad. Juan de Paz. *Consultas y resoluciones varias, theologicas, juridicas, regulares, y morales*. Nueva edición enmendada, Amberes, 1745 [1687], p. 254

20 Joseph Mcknight. “Justicia sin abogados en la frontera hispano-mexicana del norte”. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, X (1998), pp. 597-610; Esteban F. Llamas. *La literatura jurídica de Córdoba del Tucumán en el siglo XVIII. Bibliotecas corporativas y privadas. Libros ausentes. Libros prohibidos*. Córdoba: Lerner, 2008.

21 Carlos Luque Colombes. *Abogados en Córdoba del Tucumán, op. cit.*; William J. Bouwsma. “Lawyers and Early Modern Culture”. *The American Historical Review*, 78, 2 (1973), pp. 303-327; Charles Cutter. *The legal culture of northern New Spain 1700-1810*. Albuquerque: University of New Mexico Press, 1995.

22 Massimo Meccarelli. *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*. Milano: Giuffrè, 1998.

23 “Juzguen en cualquier instancia según la verdad que hallaren probada en los pleitos civiles y criminales, aunque haya falta en el orden del derecho”, enseñaba un manual para jueces inferiores en el siglo XVIII. Vicente Vizcaino Perez. *Tratado de la jurisdicción ordinaria para la dirección y guía de los Alcaldes de los pueblos de España*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1979 [1781], p. 224.

24 Alejandro Agüero. “Saber Jurídico y Técnica Procesal en la justicia lega de Antiguo Régimen. El Caso de Córdoba del Tucumán, Siglos XVII y XVIII”. En: Manuel Torres Aguilar (coord.): *Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Córdoba (España): Universidad de Córdoba, 2005, t. I, pp. 311-332.

orden institucional sumamente débil frente al nuevo contexto sociodemográfico²⁵. La construcción de esta forma de justicia expeditiva²⁶ respondía a ese tipo de conflictos que Simon Roberts calificó como conflictos que surgen directamente de los esfuerzos por mantener el gobierno y que involucran al gobernante mismo y sus agentes²⁷. Pero al margen de estos casos, se mantenían, por un lado, el orden tradicional del procedimiento ordinario y sus penalidades para los delitos graves y complejos y, por el otro, o más bien como parte esa actividad, conservaban su vigencia diversos tipos de estrategias que apuntaban, con éxito en muchos casos, a desviar el procedimiento penal de su resultante punitiva o a moderar la decisión judicial. Son éstas estrategias las que ahora nos interesan. Veamos cómo funcionaban.

Indulgencia y negociación; concordias y perdones.

Un tipo de estrategia que aparece de modo recurrente en la documentación consiste en la utilización de argumentos que buscan promover la indulgencia de los jueces alegando la condición personal de los reos (miserable, rústico, ignorante) o bien los padecimientos sufridos durante el proceso u otras circunstancias particulares. Recurrir a la piedad del magistrado es una forma argumental válida para las partes y una justificación muy utilizada en las consideraciones de la decisión judicial. Piden los defensores al magistrado que "*sirva de ver esta causa con la piedad que se debe*" para promover una actitud indulgente hacia el defendido, sosteniendo que su pretensión es "*muy conforme a justicia o por vía de piedad*"²⁸. La debilidad probatoria de la acusación alegada por el defensor no lo exime de pedir al juez que mire a su defendido "... con la benignidad que acostumbra"²⁹.

Los magistrados se hacen eco del lenguaje misericordioso y suelen acompañar la consideración de elementos atenuantes del castigo con una manifestación de conmiseración, de modo que la valoración de tales circunstancias en la decisión aparece como un gesto de piedad que reproduce la lógica de compromiso entre quien actúa en nombre de la jurisdicción real y el vasallo descarriado: "*Mando de commiseracion con ellos y sus familias y atendiendo a que es la primera [vez], en que han sido aprehendidos y a los respetos que se han interpuesto con promesa de su total enmienda y a la prision que han sufrido, se les declara por libres de ella con condenación de las costas causadas...*". Así disponía un teniente letrado sobre la situación de dos reos acusados de robo en 1797³⁰. En otro caso, además de las molestias sufridas en el proceso, se consideran la rusticidad del reo, su ignorancia sobre el delito cometido y sus servicios militares, como elementos que justifican imponer como pena la prisión procesal sufrida y dejar en libertad al acusado³¹. La prisión sufrida durante el proceso era una forma muy común de penalidad "indulgente" que se basaba en la capacidad discrecional del magistrado para valorar las circunstancias del caso y en el efecto purgativo adjudicado a los padecimientos de la prisión. Era un mecanismo utilizado tanto por jueces legos como letrados, en este y otros contextos coloniales³².

Estas manifestaciones de piedad que aparecen con notable frecuencia en los testimonios procesales encontraban su fundamento normativo en numerosos tópicos de la literatura jurídica que imponían a los

25 Alejandro Agüero. Castigar y perdonar, op. cit.

26 Nicole Castan. "La justice expéditive". *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 31, 2 (1976), pp. 331-361.

27 Simon Roberts. "The Study of Dispute: Anthropological Perspectives". In: J. Bossy (ed.). *Disputes and settlements. Law and human relations in the West*. Cambridge: Cambridge University Press, 1983, pp. 1-24.

28 Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba (Argentina) (AHPC), Crimen, 1, 15, 1693 fs. 268r. y 273r.

29 AHPC, Crimen, 31, 7, 1776.

30 AHPC, Crimen, 84, 9, 1799.

31 AHPC, Crimen, 14, 1, 1760.

32 Charles Cutter. *The legal culture*, op. cit.

jueces el deber de actuar compasivamente, de moderar la justicia con la piedad, procurando reproducir en cualquier escala del ejercicio del poder la imagen de un rey (y de un Dios) que es a la vez justiciero y misericordioso. La indisoluble vinculación entre piedad y justicia, entre conmiseración y castigo, difícilmente compatible con un sistema de pura obediencia a una ley hegemónica, constituía entonces un principio rector para el ejercicio de la jurisdicción criminal, orientado a sostener los vínculos de lealtad a través del amor³³, en la convicción de que era mejor el juez amado por su clemencia que el juez temido por su crueldad, "porque ninguno ama à otro, que no tema de le enojar"³⁴. Todavía en las prácticas de mediados del siglo XVIII podemos encontrar este tipo de mandato dirigido a los jueces que les otorgaba un amplio margen de discrecionalidad fundado en la indulgencia. Se recordaba en los manuales que el rigor de las leyes no debía seguirse necesariamente, porque muchas veces las mismas sólo cumplían una función *ad terrorem*, y que aun cuando el derecho regio ordenase a los jueces no dispensar las leyes, habiendo causa justa, las penas siempre podían y debían minorarse³⁵. En el centro de la doctrina que orientaba el ejercicio de la *justicia vindicativa*, justicia y misericordia aparecían como conceptos íntimamente vinculados: "Y es de notar, que la Justicia vindicativa... no se opone ni contradice á la virtud moral de la misericordia; porque aunque en algun modo parecen contrarias, están no obstante tan unidas como hermanas..."³⁶.

Otro tipo de estrategia por el que se procuraba evitar, muchas veces con éxito, el resultado punitivo de un proceso criminal, consistía en poner de manifiesto que las partes habían alcanzado una concordia, que el daño había sido reparado o que la víctima había perdonado al agresor. En estos casos, además de la obligación religiosa de perdonar las ofensas, la necesidad de concordia solía fundamentarse también en la preservación de un vínculo preexistente de amistad o parentesco³⁷ que venía a reforzar el argumento para solicitar una actitud indulgente del juez. Un pleiteante desiste de su querella contra un grupo de vecinos por las heridas que le dieron, argumentando que "todos ellos son mis amigos y por tales los tengo porque entiendo que no fue su yntento ynjuriarme y asi los perdono..."³⁸. Otra víctima de injurias y amenazas desiste de su querella alegando que lo hace en atención a que el acusado es su tío³⁹.

Estas estrategias se materializaban en forma de acuerdos, concordias o simplemente se expresaban como argumento para desistir de la querella o como petición del ofendido al juez para que modere su decisión. La respuesta judicial podía ser muy diversa: en algunos casos el juez ponía fin al proceso valorando explícitamente el argumento de la concordia; en otros decidía seguir la causa de oficio pero finalmente absolvía al acusado, o imponía un castigo simbólico o moderado. Pero rara vez una estrategia de esta índole era desoída por los jueces. En muchas ocasiones, simplemente el proceso quedaba paralizado en el estado en que se encontraba, sin un acto formal del juez. Esto nos ha llevado a pensar que el alto número de procesos incompletos que encontramos en el archivo puede deberse, además de a los problemas de conservación, a la pérdida de impulso oficial en que caían estas actuaciones cuando las partes y los jueces consideraban que no había necesidad de proseguir con el proceso⁴⁰.

Las concordias y perdones, que predominan entre los conflictos caracterizados por una relativa

33 António M. Hespanha. "De iustitia a Disciplina", *art. cit.*; António M. Hespanha. "La senda amorosa del derecho. Amor y iustitia en el discurso jurídico moderno". In: C. Petit (ed.): *Pasiones del jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 23-74.

34 Jerónimo Castillo de Bovadilla, J. *Política para corregidores*, *op. cit.*, lib. II, cap. III, n.6.

35 Lonrezo Santayana Bustillo. *Gobierno político*, *op. cit.*

36 Lorenzo Guardiola y Sáez. El corregidor perfecto y juez exactamente dotado de las calidades necesarias y convenientes para el buen gobierno económico y político de los pueblos y la mas recta administración de Justicia en ellos. Madrid: Imprenta y librería de Alfonso López, 1785, p. 9.

37 Jesus Vallejo. "Amor de árbitros. Episodio de la sucesión de Per Afán de Ribera el Viejo". In: J. M. Scholz (ed.). *Fallstudien zur spanischen und protugiesischen Justiz, 15. bis 20. Jahrhundert*. Frankfurt am Main, 1994, pp. 211-269.

38 AHPC, Escribanías, 1, 61, 7 (6), 1629, f. 87r.

39 AHPC, Escribanías, 1, 57, 13 (3) 1625, f. 70r-79r.

40 Alejandro Agüero. Castigar y perdonar, *op. cit.*

igualdad social entre las partes⁴¹, solían ser el resultado de acuerdos extrajudiciales que no siempre llegaban a formalizarse por escrito. Ocasionalmente, algún testimonio nos ha permitido conocer este tipo de rituales. En él intervenían los jueces locales, además de las autoridades domésticas (el padre del ofendido, el suegro del agresor, etc.) y una vez acordada la necesidad de establecer la paz, se convocaba a las partes para que sellaran el pacto con un abrazo. Así lo prueba un testimonio tomado de un caso por heridas graves en 1735⁴². Un testigo declaró:

"Que habiendo llegado este declarante a la ciudad de San Miguel de Tucumán, le vino a ver don Ignacio de Aguilar Alcalde Ordinario de dicha ciudad, a fin de que aplemos a Don Juan Joseph de Aranguren [el acusado] para que se ajustase con don Francisco Xavier de Cabrera [víctima de heridas], quien luego convino en ello; y con su respuesta, pasamos con dicho Señor Alcalde a aser la misma propuesta a don Francisco Xavier de Cabrera, donde hallamos al General don Joseph Grande también Alcalde Ordinario y al general don Francisco Sanchez de la Madrid, suegro del dicho don Francisco quienes también coperaron en dicha composición y aviendo estado llanos ambos pasamos a llamar a dicho Aranguren; donde dandose los Brazos en presencia de dichos Señores Alcaldes y el referido su suegro prometieron uno al otro olvidar lo pasado y en adelante continuar las amistades como lo continuaron en el tiempo que este declarante se hallo en dicha ciudad sin que en ello aiga auido de parte de uno ni otro nobedad..."

Como ocurrió en este caso, los jueces participaban en la mediación no escrita, e incluso valoraban en su decisión estos acuerdos, otorgándole un efecto absolutorio como si, con motivo de la paz alcanzada, el hecho delictivo nunca hubiese existido⁴³. Las prácticas jurídicas más difundidas alentaban estas formas de acción judicial, aconsejando que en caso de querellas de poca monta, "hara mejor el Corregidor en no admitirlas, sino hazer que alguno de los que se hallan presentes, haga amigos las partes, y no hazer processos y gastos sobre ello..."; o incluso tanto en los pequeños como en los grandes pleitos, se sugería que el corregidor "...siempre muestre voluntad y contento en que aya concordia entre los subditos discordes, y que se eviten pleytos y contiendas, ... por lo mucho que Dios se sirve, y conviene a la republica que se quiten y abrevien los pleytos, pues el fin de la justicia es la paz"⁴⁴. Eran intuiciones jurídicas todavía muy sólidas en el horizonte del *lus Commune* tardío. Giulio Claro, en términos semejantes, reconocía que por costumbre general de Italia "licitum est facere pacem pro quocunque crimine"⁴⁵.

Desde nuestro punto de visto resulta forzado imponer sobre estas prácticas una anacrónica divisoria conceptual entre dispositivos legales, públicos u oficiales y prácticas sociales, privadas o *infrajudiciales*⁴⁶. La ductilidad del discurso jurídico permitía a los actores incorporar a su razonamiento todas aquellas

41 Simon Roberts. "The Study of Dispute", *art. cit.*

42 AHPC, Crimen, 4, 27, 1736; Alejandro Agüero. "Clemencia, perdón y disimulo en la justicia criminal de antiguo régimen. Su praxis en Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII". *Revista de Historia del Derecho*, 32 (2004), pp. 33-81.

43 Alejandro Agüero. "Clemencia, perdón y disimulo", *art. cit.*

44 Jerónimo Castillo de Bovadilla, J. *Política para corregidores*, *op. cit.*, III, XV, n. 87.

45 Italo Biocchi. "La giustizia di tipo egemonico: qualche spunto di riflessione". In: Lacchè, L. *et al.* (a cura di): *Penale, Giustizia, Potere. Per ricordare Mario Sbriccoli*. Macerata, Università di Macerata, 2007, p. 191.

46 En este sentido, sobre la opinión de Mario Sbriccoli, Andrea Zorzi. "L'egemonia del penale in Mario Sbriccoli". In: L. Lacchè *et al.* (a cura di). *Penale, Giustizia, Potere*, *op. cit.* pp. 155-178. Véase también G. Alessi. "La giustizia pubblica come 'risorsa': un tentativo di riflessione storiografica". In: Lacchè, L. *et al.* (a cura di): *Penale, Giustizia, Potere*, *op. cit.*, pp. 213-243.

variables que se orientaban a conseguir la justicia material del caso o, lo que era lo mismo, a recomponer el equilibrio social alterado por el hecho delictivo. La conservación de la paz social como fin de la justicia permitía teorizar sobre estas variaciones e incluirlas así en el discurso normativo de entonces, sin que se pueda establecer con precisión una frontera entre modos de acción oficial y modos no oficiales. En este sentido, cabe recordar que un argumento de peso utilizado para respaldar estas estrategias consistía en alegar que el perdón del ofendido, o que el acuerdo entre las partes, o incluso que la decisión indulgente del juez, habían sido promovidos por pedidos e intervención de personas "principales", "honradas" o, como se decía en algunos testimonios "celosas de la paz pública".

Por ejemplo, en 1736 un alcalde ordinario que había iniciado de oficio una información con motivo del hurto de joyas en una iglesia puso fin repentinamente al proceso, después de la confesión, mandado al reo a que se volviese a su lugar de origen a vivir con su familia. Tras dar cuenta de sus actuaciones procesales, entre las consideraciones que justificaban la decisión, el juez señaló el hecho de "averse atravesado personas de toda entidad celosas de la paz publica" como fundamento para resolver de dicha forma, "usando de toda conmisericordia"⁴⁷. La constancia por escrito de esas palabras en la decisión judicial nos muestra de qué modo la influencia compasiva de personas importantes de la comunidad, era una alternativa normativamente válida. No podemos decir que se trataba de manifestaciones de la práctica lega y periférica. No creemos que fueran desviaciones localistas o persistencias comunitarias con respecto a un modelo procesal oficialmente impuesto por la monarquía. Eran el reflejo operativo de unos principios que estaban presentes en el tejido mismo del discurso jurídico. Su validez y funcionalidad aparecían recogidas por la doctrina práctica castellana, donde se decía que en los negocios "criminales y de presos en que ha lugar la piedad sin ofensa de la republica, el caballero, y el religioso, y qualquier otro que ruega, è importuna al juez que modere y temple el rigor de la pena, deve ser admitido, y el juez que le admite, desculpado, como la justicia no padezca detrimento...". La fuente de validez de esta norma que autorizaba la intervención de personas ajenas al proceso para pedir moderación al juez estaba, según el mismo autor, en los escritos dirigidos al emperador de Macedonia por San Agustín, "el qual por su mucha clemencia intercedio muy de ordinario con los juezes por los delinquentes..."⁴⁸.

La inextricable vinculación, de medios y fines, entre religión y justicia, que daba sentido normativo a esas prácticas, seguía operando todavía a finales de la época colonial. En 1800 por ejemplo, un teniente letrado de Córdoba absolvía a un acusado de robo y amenazas de muerte. Para ello tomó en consideración que el ofendido había desistido de la acción llegando a un acuerdo con el acusado y que éste, por su parte, había ofrecido "de palabra" un fiador para dar seguridad de que no haría daño a su víctima. Pero además, como elemento adicional de su decisión, el juez impuso al acusado la obligación de asistir a los ejercicios espirituales que ofrecía una de las órdenes religiosas de la ciudad⁴⁹.

Derecho estatal, derecho de la comunidad, corrección doméstica

Las estrategias que procuraban una solución alternativa dentro de la justicia penal, según el tipo de conflicto, funcionaban en forma simultánea con mecanismos de represión más rigurosos, generalmente destinados a contener a los estratos bajos de la jerarquía social. Pero incluso en el caso de algunas formas de mayor rigor punitivo, resultaría algo esquemático interpretarlas como manifestación de un *state law*

47 AHPC, Escribanías, 1, 279, 8, 1736, auto del 9 de abril de 1736.

48 Jerónimo Castillo de Bovadilla, J. *Política para corregidores*, op. cit., lib. III, cap. X, n. 16.

49 AHPC, Crimen, 86, 2, 1800.

impuesto desde el centro de una monarquía cada vez más "absoluta"⁵⁰. Un buen ejemplo de ello lo tenemos en una Real Cédula de 1759 que autorizaba a las autoridades locales a imponer la pena de muerte en casos de heridas con armas blancas, a personas de cualquier condicional social, aun cuando la herida no fuese mortal. Dicha norma fue el resultado de una larga negociación ante el Consejo de Indias (en la corte de Madrid) a petición de las autoridades locales que consideraban insuficientes las penas de azotes y presidios para contener las heridas y muertes producidas con ese tipo de armas en los últimos años. Pese a algunos reparos expuestos por el fiscal del Consejo, debido a la extrema severidad de la medida, la norma fue concedida con la condición de que las penas capitales así impuestas fuesen consultadas con la Audiencia del distrito antes de ser ejecutadas⁵¹.

La Real Cédula de 1759 es un ejemplo de cómo una parte de ese derecho penal de mayor severidad, emanado de las autoridades centrales de la Monarquía, no era más que una concesión normativa al servicio las necesidades punitivas de los vecinos principales de la comunidad. Sólo en este sentido cabría calificarla como elemento normativo de una justicia hegemónica⁵². Pero por otra parte, pese su categórica formulación (*que la persona de cualquiera condición que hiriese con armas cortas, incurriese en pena capital, aunque la herida no fuese de muerte...*⁵³), no ha de pensarse que los jueces de la ciudad hubiesen perdido toda capacidad de mediación cuando los hechos, las partes involucradas o las circunstancias del caso lo exigían. En 1800, por ejemplo, ante un hecho de heridas con armas blancas producido con motivo de una discusión entre dos vecinos de la ciudad, el juez no tuvo necesidad de recordar aquella severa norma que la ciudad había obtenido décadas atrás. A pesar de que la causa fue iniciada de oficio y se dictó auto de prisión, tras el reconocimiento médico de las heridas, fue suficiente un escrito de la víctima diciendo que se hallaba restablecido y sano de las heridas sufridas y que perdonaba la injuria y desistía de cualquier acción que pudiera tener contra su agresor para que el juez, con asesoramiento letrado en este caso, considerado aquellos extremos, dictara un auto definitivo poniendo en libertad al acusado "contemplando suficientemente purgado el delito"⁵⁴. Indudablemente que este tipo de soluciones seguía siendo posible cuando las partes en conflicto, como en este caso, eran vecinos o residentes más o menos integrados en la comunidad.

Finalmente, al margen de otras instancias institucionales de mediación y castigo que aquí no hemos abordado (como la jurisdicción penal eclesiástica), cabe considerar que bajo aquel orden penal ordinario yacía un amplio campo de "corrección paternal" al que se encontraban sometidos aborígenes, esclavos, campesinos y todos los que tenían una relación de sujeción dentro de las unidades domésticas de producción. Aunque desbordados por la presión demográfica y la dispersión de la población, todavía a fines de la época colonial, los mecanismos domésticos de represión seguían siendo un pilar esencial del orden en la comunidad. Veamos un último testimonio. En enero de 1800, Miguel Montells, un vecino de la zona rural de la jurisdicción de Córdoba denunciaba ante el juez que un esclavo fugitivo de otro vecino le había robado una mulata de su servicio a la que tenía secuestrada. El juez abrió la causa y ordenó la prisión del esclavo acusado. Sin embargo, unos días después dejó sin efecto dicha orden por haber tomado conocimiento de un acuerdo entre el amo de la mulata (el ofendido) y el dueño del esclavo acusado,

50 Bruce Lenman, Geoffrey Parker. "The State, the Community and the Criminal Law in Early Modern Europe". In: V. Gatrell, B. Lenman, G. Parker. (eds.). *Crime and the Law. The Social History of Crime in Western Europe since 1500*. London, Europa Publications, 1980, pp. 11-48.

51 Alejandro Agüero. "Ley penal y cultura jurisdiccional. A propósito de una Real Cédula sobre armas cortas y su aplicación en Córdoba del Tucumán, segunda mitad del siglo XVIII". *Revista de Historia del Derecho*, 35 (2007), pp. 13-45.

52 Italo Birocchi. "La giustizia di tipo egemonico", *art. cit.*, pp. 197-198.

53 La real cédula fue publicada en Richard Konezke. *Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica 1493-1810*. Madrid: CSIC, 1962, v. III, t. I, pp. 286-287.

54 AHPC, Crimen, 86, 15, 1800.

mandado por auto definitivo que dichos patrones se encargasen de la corrección que pudieran merecer tanto la mulata como el esclavo. La resolución muestra que el juez tomó conocimiento de todos estos extremos informalmente, dando cuenta una vez más del carácter instrumental del proceso. Renunciando a la acción oficiosa, manifestó su confianza en la labor correctiva de los amos, “librando en sus honradeces y hombrías de bien, la responsabilidad de este gobierno en la corrección que por su parte le correspondía de los escándalos y perjuicios que resultaron al público del acusado hecho...”⁵⁵

Reflexiones finales

A partir del análisis de los testimonios procesales de un ámbito periférico con magistraturas predominantemente legas podemos intentar algunas reflexiones que van más allá de la descripción de la administración de justicia local. Por un lado, las actuaciones procesales muestran un carácter netamente instrumental al tipo de conflicto⁵⁶, reflejando la adaptación de las formas a los requerimientos contextuales, siendo muchas veces los procesos la resultante escrita de consensos o estrategias desplegadas de manera informal. Esta variedad de formas que muestran los testimonios, no puede interpretarse, sin embargo, como una consecuencia necesaria del carácter lego de los magistrados o de la localización periférica del espacio político.

Dicha instrumentalización operaba en virtud de los fines que el discurso jurídico y su axiología católica adjudicaban a la justicia, como función institucional esencialmente vinculada al gobierno de cada república. Estos fines no pasaban por la aplicación de leyes, sino más bien por la conservación de los equilibrios del espacio político sobre el que la justicia debía desplegar su misión. Por ello, cuando era posible, cuando las características de las partes involucradas y las condiciones de los hechos lo hacían aconsejable, la misión del juez se cumplía restableciendo la paz, con independencia de las formalidades procesales y sustanciales prescriptas in abstracto.

El carácter fragmentario o discontinuo del espacio político de antiguo régimen, hacía que fuera cada república, como se designaba entonces a los distritos municipales, el ámbito en el que se debían valorar aquellas circunstancias que determinaban la opción por una u otra vía de acción, por uno u otro tipo de respuesta. No parece que estas matrices discursivas e ideológicas hubiesen variado hacia finales de la época colonial, por más que las reformas borbónicas hubiesen impuesto judicaturas letradas en manos de hombres venidos desde la metrópolis. Si estas formas de justicia no eran necesariamente consecuencia del carácter periférico del espacio estudiado, cabe preguntarse también en qué medida ellas pueden ser comprendidas como “pervivencias” de unas formas de justicia comunitaria. Cuál es el argumento por el que estas prácticas son situadas en un ámbito conceptual de carácter residual como lo es el de las pervivencias o el de las experiencias periféricas para los siglos modernos.

No hay duda de que determinados contrastes conceptuales tales como: community law/ state law⁵⁷; jueces legos/ jueces letrados⁵⁸; infrajusticia/ justicia oficial⁵⁹; justicia negociada/ justicia hegemónica⁶⁰; etc.,

55 AHPC, Crimen,, 86, 1, 1800.

56 Claudio Povolo. “Retoriche giudiziarie, dimensioni del penale e prassi processuale nella Repubblica di Venezia: da Lorenzo Priori ai pratici settecenteschi”. In: G. Chiodi, C. Povolo. (a cura di). *L'amministrazione della giustizia penale nella Repubblica di Venezia (secoli XVI-XVIII)*. Verona: Cierre Edizioni, 2004, vol. II (“Retoriche, stereotipi, prassi”) pp.19-170.

57 Bruce Lenman, Geoffrey Parker. “The State, the Community and the Criminal Law”, *art. cit.*

58 John P. Dawson. A history of lay judges, *op. cit.*

59 Alfred Soman. “L'infrajustice à Paris d'après les archives notariales”. *Histoire, Économie et Société*, 3 (1982), pp. 369-376; Benoît Garnot. “Justice, infrajustice, parajustice et extrajustice dans la France d'Ancien Régime”. *Crime, Histoire & Sociétés/ Crime, History & Societies*, 4, 1 (2000), pp. 103-120.

60 Mario Sbriccoli. “Justicia criminal”, *art. cit.* *Sobre las posibles lecturas de la noción de justicia hegemónica, véanse las contribuciones citadas de*

han resultado sumamente provechosos como claves heurísticas para indagar el desarrollo histórico de la justicia y la solución de conflictos. Sin embargo, cuando dichos contrastes son leídos en clave de progresiva imposición de los segundos extremos sobre los primeros, se corre el riesgo de contribuir a consolidar el lugar central de ciertos rasgos (derecho estatal, judicatura letrada, delimitación del campo oficial, justicia hegemónica, etc.) que parecen provenir más de una retroproyección de categorías contemporáneas que de la observación de las fuentes, doctrinales y judiciales, de antiguo régimen. Creemos que al menos para el caso de la Monarquía hispana, la transición implicada entre los extremos de aquellos contrastes conceptuales, si tal lectura dinámica es válida, parece más tardía y problemática de lo que cabría esperar a partir de su tradicional imagen historiográfica.

Zorzi, Birocchi y Alessi en L. Lacchè et al. (a cura di). Penale, Giustizia, Potere, op. cit.